



JUZGADO NOVENO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE CÚCUTA

San José de Cúcuta, ocho (08) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Proceso:	Acción de Tutela
Accionante:	Nereyda Jaimes Jaimes
Accionados:	Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta, y Ministerio de Educación Nacional
Instancia:	Primera
Asunto:	Se resuelve la acción
Decisión:	No concede
Radicado:	54-001-31-09-009-2024-00064-00
Providencia:	Sentencia No. 058

Se procede a emitir la decisión que en derecho corresponde dentro de la acción de tutela de la referencia con fundamentos en los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos:

1.1.1 Explicó la promotora del amparo que, mediante acto administrativo no. 0544 de 2016 fue nombrada en el cargo de docente en provisionalidad con vinculación de la Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta a partir del 03 de mayo del 2016.

1.1.2 Adujó que, dicho cargo lo desempeñaba en la Institución Educativa Instituto Técnico Jorge Gaitán Duran del Municipio de San José de Cúcuta; No obstante, dicha entidad adelantó el proceso de selección no. 2150 a 2237 de 2021 y 2316 de 2022 -*Directivos Docentes y Docentes*- de la mano con la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer definitivamente los empleos vacantes en los establecimientos educativos oficiales de las entidades territoriales adscritas a esta municipalidad.

1.1.3 Que, la Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta la desvinculó del cargo en cuestión el día 09 de enero del 2024.

1.1.4 Relató que, Ministerio de Educación Nacional por intermedio de la Circular 024 de 2023 estableció para todas las entidades territoriales las generalidades sobre elementos para tener en cuenta para garantizar la vinculación sin solución de continuidad de los docentes provisionales. La cual, fue adoptada por la Secretaría de Educación Municipal de esta Urbe.

1.1.5 Manifestó que, la Secretaría de Educación de esta municipalidad profirió la circular 0128 de 2023 con el propósito de establecer la figura denominada “*reten social*” de conformidad con las orientaciones dadas por el Ministerio de Educación. Por ende, el 18 de agosto del 2023, solicitó al Municipio de San José de Cúcuta y a la Secretaría de Educación Municipal la protección especial y, el consecuente traslado a una plaza que se encuentre vacante con el cumplimiento de los requisitos exigidos para el efecto.

1.1.6 Esbozó que, la Secretaría de Educación Municipal de Cúcuta adoptó una lista de provisionales en el marco de protección del reten social, pero en dicha lista, la actora no fue seleccionada; desconociendo en ese sentido sus prerrogativas constitucionales por cuanto no percibe ningún tipo de ingreso, ostenta la condición de madre cabeza de familia y, no cuenta con la posibilidad de solventar las necesidades básicas de su núcleo familiar.

1.2 Pretensiones

Con fundamento en lo anterior, la accionante estimó vulnerado su derecho fundamental al trabajo, a la vida digna, al mínimo vital y móvil, a la igualdad, requiriendo por ello su protección, a fin de que se ordenara a la entidad Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta que proceda con lo siguiente: *i) me incluya en la lista de provisionales que acreditan orden de protección en el marco de reten social y en consecuencia me traslade a una plaza docente que se encuentre vacante.*

1.3 Actuación procesal

Una vez avocado el conocimiento de la acción por medio de auto de fecha 20 de marzo del 2024, se vinculó al contradictorio a la Comisión Nacional del Servicio Civil, al Instituto Jorge Gaitán Duran, a los participantes de proceso de selección no. 2150 a 2237 a 2021 y 2316 de 2022 –Directivos Docentes y Docentes- y, a las

personas que conformaron la lista provisional adoptada por la Secretaría de Educación Municipal de Cúcuta en el marco del retén social.

Así mismo, se requirió a Nereyda Jaimes Jaimes con el propósito de que allegar los elementos materiales probatorios que estimara pertinentes para acreditar cada uno de los hechos expuestos en la demanda, disponiéndose el enteramiento de ambas partes, a las cuales se le corrió traslado de la admisión por el término de un día, enviando el escrito de la demanda y sus anexos; obteniéndose la respuesta que a continuación se sintetiza:

SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA.

El señor Carlos Eduardo García Alicastro manifestó al despacho que, la accionante se encontraba vinculada a esa entidad territorial en el cargo de docente del área primaria en la Institución Educativa Jorge Gaitán Duran *-zona rural-* de manera provisional, lo cual, no le generaba derecho a la permanencia en el servicio público educativo.

Explicó que, la Comisión Nacional del Servicio Civil adelantó concurso de méritos denominado proceso de selección no. 223 de 2021 con el fin de proveer los empleos en vacancia definitiva de directivos docentes y docentes pertenecientes al sistema especial de carrera que prestan el servicio en instituciones educativas oficiales que atiendan población mayoritaria, en síntesis, explicó todo lo concerniente a las etapas y, las disposiciones que resultaban aplicable al caso.

Indicó que, al haberse reportado la vacancia definitiva, la misma fue ocupada por uno de los docentes que conformaban la lista definitiva de elegibles, el cual tomó posesión del cargo el día 09 de enero del 2023, procediendo en consecuencia con la desvinculación de la docente que ocupaba dichas plazas en provisionalidad.

Informó que, esa entidad en aras de promover acciones afirmativas en beneficios de los docentes que se encontraban en una situación de especial protección constitucional, mediante circular no. 0128 de I 02 de agosto del 2023, expidió los lineamientos para establecer y socializar el procedimiento relacionado con la aplicación del retén social y/o estabilidad laboral reforzada, fijándose el cronograma del proceso estipulado en la Resolución No. 02797 del 24 de julio del 2023 expedida por el Secretario de Educación Municipal de Cúcuta.

Por lo anterior, la docente Nereyda Jaimes Jaimes, presentó solicitud para ser incluida en dicho retén social invocando la causal de ostentar la condición de cabeza de familia, pues, aseguró que, a su cargo se encuentra su menor hijo y, su señora madre, por lo cual aportó una serie de documentos; Sin embargo, no acreditó la condición de salud e incapacidad de Clara Marleny -madre-, al revisar el historial laboral, se determinó que, su hijo ostenta la mayoría de edad y, no se aportó certificación o constancia de estudios.

A tono con lo anterior, en el formato de hoja de vida y, el formulario único de declaración de bienes y rentas se indicó que, aquella cuenta con un compañero permanente, esto es, el señor Carlos Arturo Peñaloza Jaimes. Por ende, esa entidad concluyó que, la citada docente, no ostenta la condición de ser madre cabeza de hogar, por lo que no fue incluida dentro del listado de los docentes con estabilidad laboral reforzada y/o retén social.

Por lo anterior, solicitó la improcedencia del amparo por no haber vulnerado ningún derecho fundamental a la parte accionante.

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

El señor Jhonatan Daniel Alejandro Sánchez Murcia manifestó al despacho todo lo concerniente a la naturaleza jurídica de los nombramientos provisionales, la competencia de las secretarías de educación respecto del personal docente, la garantía de la estabilidad reforzada, la orden de provisión de vacantes definitivas, la improcedencia del amparo por carencia del principio de inmediatez, el mérito frente a los nombramientos en provisional y, la improcedencia del mismo por la expedición de la lista de elegibles.

De manera específica, informó al despacho que, luego de verificar el sistema de apoyo para la igualdad, mérito y la oportunidad "SIMO", respecto del número de cedula de ciudadanía 60.442.901, se encontró que, la accionante se inscribió en el proceso de selección 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022, al empleo identificado con el código OPEC 182707, denominado docente primaria en la Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta.

No obstante, la accionante no superó las pruebas de aptitudes y competencias básicas debido a que obtuvo 55.46 puntos de 60 aprobatorios; Por ende, fue eliminada del proceso de selección.

Finalmente, solicitó la improcedencia del amparo por cuanto la lista de elegibles fue debidamente expedida y publicada por parte de esa entidad, lo cual, en ese mismo sentido, no ha incurrido en vulneración de derechos fundamentales.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

El doctor Walter Epifanio Asprilla Cáceres recorrió el traslado de la demanda mediante escrito en el cual expuso que, esa entidad Ministerial no puede pronunciarse respecto de los hechos de la demanda por cuanto son actuaciones en las que no cuenta con competencia alguna; Sin embargo, manifestó que, el Decreto 1083 de 2015 indicó una serie de ordenes de protección y, esa entidad a través de la Circular 24 de 2023 orientó a las ETC para que realizarán acciones afirmativas.

Por lo anterior, el sector de educación está supeditado a la existencia de vacantes en la ETC dentro del marco de autonomía para la administración de la planta deba realizar las respectivas verificaciones; Así mismo, advirtió que, los nombramientos en provisionalidad son temporales, por tanto, están condicionados al proceso de selección y, en virtud de ello, dichas plazas deben ser provistas por las listas de elegibles.

Finalmente, solicitó la desvinculación de esa entidad por cuanto no ha vulnerado los derechos fundamentales de la parte accionante.

II. COMPETENCIA

Conforme lo estatuido en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, y lo preceptuado en el Artículo Primero del Decreto 1983 del 30 de noviembre de 2017, este Despacho es competente para resolver la presente acción de tutela interpuesta por Nereyda Jaimes Jaimes en contra de la Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta y, el Ministerio de Educación Nacional, toda vez que la presunta violación de los derechos fundamentales de la actora tiene su génesis en la ciudad de Cúcuta.

III. CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un recurso efectivo de defensa de los derechos y garantías fundamentales que tiene toda persona para prevenir, precaver o hacer cesar aquellos actos u omisiones que les afectan provenientes tanto de la esfera pública como privada. Herramienta que se encuentra instituido en el artículo 86 de la Constitución Política, legislación interna que resulta tono con el contenido de la Declaración de Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Naciones Unidas de 1966.

La parte accionante, acusó a la Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta de vulnerar sus prerrogativas constitucionales al no incluirla en la lista de elegibles provistas al interior del marco del reten social para el cargo de docente.

Una vez claro lo anterior, ha de descender este juzgado inicialmente sobre el análisis de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, para efectos de establecer la posibilidad de abordar de fondo la controversia planteada:

Legitimación por activa

Con base en lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 la Corte Constitucional ha concretado las opciones de ejercicio de la acción de tutela, para el que existe la posibilidad *“(i) del ejercicio directo, es decir, quién interpone la acción de tutela es a quien se le está vulnerando el derecho fundamental; (ii) por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (iii) por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y deberá al escrito de acción anexar el poder especial para el caso o, en su defecto, el poder general respectivo; y (iv) por medio de agente oficioso”*.

En el presente caso, se encuentra acreditado el requisito de legitimación por activa en la medida en que la presente acción fue interpuesta por Nereyda Jaimes Jaimes, titular del derecho que se alega conculcado; sujetándose de esta manera con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, de modo que se cumple con el requisito de legitimación por activa.

Legitimación por pasiva

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución, así como en los artículos 5 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier acción u omisión en que incurra una autoridad pública, como también contra acciones u omisiones de particulares de conformidad con lo establecido en el capítulo III del presente Decreto.

En el caso bajo estudio, se encuentra satisfecho el requisito de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta en una entidad pública encargada de coordinar la política educativa del municipio y, organizar el sistema educativo municipal en todos sus niveles y modalidades. Así mismo, es la encargada de proveer los cargos al interior del marco del reten social en la actuación adelantada al interior de la resolución no. 02797 del 24 de julio del 2023.

De otra parte, debe advertirse que, si bien, en el escrito tuitivo se indicó que, uno de los accionados correspondería al Ministerio de Educación Nacional, durante el adelantamiento del presente amparo no fue posible determinar acción u omisión atribuible a esa entidad. Por ende, respecto de ese ente Ministerial no se realizará ningún estudio de valoración tendiente a determinar la posible amenaza o vulneración de garantías fundamentales en la que esta haya incurrido.

Principio de subsidiariedad

Sobre el principio de subsidiariedad, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria y, en consecuencia, su procedencia se encuentra condicionada a que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o existiéndolo, éste no resulte lo suficientemente idóneo y eficaz para la defensa del derecho invocado, circunstancia en la cual, se habilita el uso del amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Al respecto, la Corte Constitucional¹ señaló que:

“En materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que, para excluir a la tutela en estos casos, el medio

¹ Sentencia SU-913 de 2009.

judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular. Entonces, en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales al acceso a la función pública y al trabajo. Así las cosas, este Tribunal ha entendido que la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales."

En desarrollo de lo anterior, la Corte Constitucional² explicó que, el amparo constitucional no es el mecanismo judicial de protección previsto para controvertir los actos proferidos en el marco de un concurso de méritos, cuando esos son susceptibles de ser demandados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Tal situación resulta relevante, aún más, cuando al interior del proceso de selección se concluye las etapas de este y se encuentra en firma la lista de elegibles; Tal como ocurre en el presente caso, pues la lista de elegibles del proceso de selección no. 2150 a 2237 de 2021 y 2316 de 2022 *-Directivos Docentes y Docentes-* se conformó efectivamente.

No obstante, atendiendo que, el reproche de la parte actora no radica en sí mismo respecto del referido proceso de selección sino en la adopción de la lista de elegibles al interior del marco del reten social para los docentes que, por cuenta de ese concurso de méritos quedaron desprovistos de sus empleos.

Al respecto, la Corte Constitucional ha sido enfática en explicar que, las personas beneficiarias del "reten social" se encuentran en condiciones especiales de vulnerabilidad por tratarse de personas que, ostentan la condición de madres o padres cabeza de familia, disminuidos físicos y mentales o estar próximos a pensionarse.

² Corte Constitucional, sentencias T-388 de 1998, T-095 de 2002, SU-913 de 2009, T-556 de 2010, T-169 de 2011, T-156 de 2012, T-604 de 2013, T-180 de 2015, T-610 de 2017, T-438 de 2018, T-227 de 2019, T-425 de 2019, entre otras.

Por tal motivo, como los beneficiarios de tal figura se producen dentro del marco de procesos de reestructuración administrativa, los cuales culminan rápidamente, por ende, la jurisdicción ordinaria y/o contencioso administrativo no es el mecanismo idóneo, ni eficaz, debido a que se hace predecible que, para cuando se emita el fallo al interior de este asunto las vacantes en su totalidad se encuentran provistas.

Por ende, habrá de analizar de fondo al considerarse cumplido el presente requisito.

Principio de inmediatez

De acuerdo con la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, a pesar de no existir un término de caducidad para acudir a la acción de tutela, ésta debe presentarse en un término prudente y razonable después de ocurrir los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos. De este modo, ha dicho ese Tribunal que esa relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el hecho vulnerador de los derechos fundamentales, debe evaluarse en cada caso concreto, atendiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Así mismo, halla el despacho que la pretensión expuesta por la parte actora dentro del presente trámite constitucional, mantiene sus efectos en la actualidad, resulta claro que se cumplen con los presupuestos de necesidad y celeridad para instaurar la presente acción; en consecuencia, se encuentra satisfecho el requisito de inmediatez.

Caso concreto

Superado el análisis de los requisitos de procedibilidad respectivos, habrá de descenderse a su estudio de fondo y de los supuestos planteados a resolver.

Superado el análisis de los requisitos de procedibilidad respectivos, habrá de descenderse a su estudio de fondo y de los supuestos planteados a resolver.

Ahora bien, superado lo anterior, en aras de dar solución a la controversia planteada, se hace necesario traer a colación el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, en el que se establece el régimen de carrera administrativa para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, *salvo las*

excepciones constitucionales y, los regímenes especiales de creación constitucional como los cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajos oficiales, y los demás que determine la ley.

Así mismo, el referido artículo dispone lo siguiente:

“Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados a través de concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en el Constitución o la ley,” y, por último, establece que *“en ningún caso, la afiliación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.”*

De otro lado, respecto del derecho fundamental al mínimo vital, la Corte Constitucional ha explicado lo siguiente *“es un derecho fundamental que tiene como característica ser cualitativo, por lo que supone que cada quien viva de acuerdo al estatus adquirido durante su vida. Sin embargo, **esto no significa que cualquier variación en los ingresos implique necesariamente una vulneración de este derecho.** Por el contrario, existe una carga soportable para cada persona, que es mayor entre mejor haya sido la situación económica de cada quien. Por esto, entre mayor sea el estatus socioeconómico, es más difícil que variaciones económicas afecten el mínimo vital y, por ende, la vida digna”*³

De otra parte, es preciso recordar que, atendiendo las particularidades del presente asunto, las personas que desempeñan un cargo público en provisionalidad no cuentan con el derecho a permanecer en el mismo de manera indefinida, no obstante, resulta legítimamente válido otorgárseles un trato diferencial como acción afirmativa antes de efectuar el nombramiento de aquellos que ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, en este caso, respecto del proceso de selección 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022, empleo identificado con el código OPEC 182707, denominado docente primaria en la Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta; Lo cual, pese a aquella premisa, la señora Nereyda Jaimes Jaimes se inscribió y, no alcanzó la puntuación

³ Sentencia T-184 de 2009.

mínima -55.46- para continuar en calidad de aspirante en dicho concurso, ratificándose el desempeño en dicho cargo, en provisionalidad.

A tono con lo anterior, pertinente resulta necesario destacar que, la condición de madre cabeza de familia ha sido abordada por la Corte Constitucional⁴ de la siguiente manera: *“La condición de madre cabeza de familia requiere la confluencia de los siguientes elementos, a saber: (i) que la mujer tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores de edad o de otras personas “incapacitadas” para trabajar; (ii) que la responsabilidad exclusiva de la mujer en la jefatura del hogar sea de carácter permanente; (iii) que exista una auténtica sustracción de los deberes legales de manutención por parte de la pareja o del padre de los menores de edad a cargo; y (iv) que exista una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia. De igual modo, la verificación de las circunstancias anteriormente enunciadas debe realizarse en el marco de un procedimiento administrativo, que otorgue la plenitud de las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso.”*

Así las cosas, la estabilidad laboral reforzada derivada de la figura denominada *“reten social”*, no cuenta con un carácter absoluto, pues no existe un derecho fundamental a la conservación indefinida del mismo. Así pues, en el marco de los ajustes institucionales propios de los procesos de reestructuración de la administración pública, se debe garantizar la permanencia de los servidores públicos que tengan derecho a la protección especial derivada de la mentada figura.

Conforme con lo anterior, la Corte Constitucional⁵ sintetizó las siguientes reglas con relación a la aplicación del reten social respecto de las madres y los padres cabeza de familia, veamos:

- 1. En los procesos de modificación de la estructura de la administración pública.*
- 2. La estabilidad laboral reforzada derivada del “reten social” es aplicable tanto para funcionarios de carrera administrativa como para servidores vinculados en provisionalidad, así como para trabajadores oficiales.*
- 3. Los trabajadores que alegan ser beneficiarios del “reten social” deben informar oportunamente a su empleador esta circunstancia, so pena de perder su*

⁴ Sentencia T-084 de 2018.

⁵ Sentencia T-084 de 2018.

derecho a recibir la protección especial derivada de su condición, debido a su falta de diligencia.

4. *La estabilidad laboral reforzada de la cual son titulares los beneficiarios del “reten social” cubre tanto al sector central de la administración pública como al descentralizado. Así mismo, es predicable de los servidores públicos vinculados a instituciones del orden nacional y de las entidades territoriales.*
5. *Las medidas que adopten las entidades públicas en el marco de la aplicación de la protección derivada del denominado “reten social” no pueden implicar un trato discriminatorio entre las personas o grupo que son titulares de especial protección.*
6. *La estabilidad laboral reforzada originada en el llamado “reten social” no es absoluta.*

Pues bien, siendo consecuentes y, con el propósito de abordar el problema jurídico suscitado al interior del presente asunto, sin mayor dificultad, habrá de indicarse por parte de este operador judicial que, la solución del mismo radica en, determinar si Nereyda Jaimes Jaimes cumplió y/o cumple con las reglas estipuladas para la aplicación de la figura denominada “reten social” dentro del marco de reestructuración efectuada en la Institución Educativa Jorge Gaitán Duran por cuenta de la implementación del proceso de selección 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 respecto del cargo de docente adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En ese orden, la Secretaría de Educación Municipal expidió la Circular No. 0128 del 02 de agosto del 2023 por medió del cual estableció los lineamientos para socializar el procedimiento relacionado con la aplicación del retén social y/o estabilidad laboral reforzada, entre ellos, fijó los requisitos dispuestos en el parágrafo 2 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, es decir, la señora Nereyda Jaimes Jaimes debía estar inmersa en alguna de las siguientes causales, *i) enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad, ii) acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia de la materia, iii) ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia, iv) tener la condición de empleador amparado con fuero sindical.*

Al respecto, la demandante pretendió incluirse en la actuación desplegada por la ETC alegando ostentar la condición de madre cabeza de familia, específicamente, mediante misiva del 18 de agosto del 2023; no obstante, conforme a los argumentos esbozados por la entidad accionada, se tiene que aquella realizó las pesquisas y valoraciones pertinentes para concluir que, en realidad, la demandante no ostenta la condición de madre cabeza de familia, pues, luego de valorar los elementos suasorios aportado por la parte solicitante, no fue posible encuadrar dicha situación en los requisitos establecidos para la implementación de la figura denominada “reten social” por los siguientes motivos, *i) no acreditó la condición de salud e incapacidad de la progenitora, ii) el hijo ostenta la mayoría de edad y, no se certificó que, el mismo actualmente se encuentre estudiando, iii) en el formato de hoja de vida y, el formulario único de declaración de bienes y rentas se especificó que, esta cuenta con un compañero permanente, el señor Carlos Arturo Peñaloza Jaimes.*

Luego entonces, sin entrar a mayores elucubraciones, tenemos que, este operador judicial mediante el proveído adiado 20 de marzo del 2024, numeral 4, requirió a la señora Nereyda Jaimes Jaimes con el propósito de obtener todos los elementos materiales probatorios que, acreditaran en mejor forma, cada uno de los hechos expuestos en el escrito tuitivo, pues, como se advirtió en dicho auto, la misma obraba sin elementos de prueba; Por ende, esa situación ocasiona que, el presente asunto deba despacharse desfavorablemente por cuenta de la ausencia de los documentos que, permitan concluir la condición de madre cabeza de familia de la parte demandante y, conforme con ello, abordar la posibilidad de dar una orden tendiente a que esta sea incluida en la lista elaborada por la Secretaría de Educación Municipal en el marco de la aplicación del llamado “reten social”, itérese, erradamente el operador judicial puede llegar a adoptar una orden en específico ante la ausencia trascendental de los documentos exigidos para el efecto.

Por lo anterior no se encuentra probado en el presente caso lo afirmado por la accionante en el sentido que, ostenta la condición de madre cabeza de familia, debiendo considerarse que como regla general en materia de derecho probatorio se ha asumido el principio que responde a la locución latina “*Onus probandi, incumbit actori y Reus, in excipiendo, fit actor*”, en el sentido que a cada parte le corresponde probar los hechos que aduce como fundamento de sus pretensiones, entendiendo que en asuntos de acción constitucional de tutela, no puede aplicarse de forma estricta tal principio, pues en materia de esta acción pública se flexibiliza la carga probatoria, sin que ello a juicio de este Despacho, implique que se excuse de forma absoluta a la parte accionante para que pruebe siquiera en forma mínima unos

supuestos que permitieran concluir la existencia de vulneración de derechos fundamentales, y así mismo impartir una orden en sede judicial en garantía de tales derechos, correspondiéndole probar en la medida que ello le sea posible.

Así, frente al tópico del deber probatorio que le asiste a la parte accionante de acreditar a través de pruebas si quiera sumarias de la vulneración del derecho fundamental, la Honorable Corte Constitucional⁶, a través de sus reiterados pronunciamientos jurisprudenciales, ha establecido que:

“Si bien uno de los rasgos características de la acción de tutela es la informalidad, la Corte Constitucional ha señalado que: “el juez tiene el deber de corroborar los hechos que dan cuenta de la violación de un derecho fundamental, para lo cual ha de ejercer las facultades que le permiten constatar la veracidad de las afirmaciones, cuando sea del caso”.

En igual sentido, ha manifestado que: “un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental, pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario.” Así las cosas, los hechos afirmados por el accionante en el trámite de una acción de tutela, deben ser probados siquiera sumariamente, a fin de que el juez pueda inferir con plena certeza la verdad material que subyace con la solicitud de amparo constitucional.

Por otra parte, la Corte en Sentencia T-131 de 2007 se pronunció sobre el tema de la carga de la prueba en sede de tutela, afirmando el principio “onus probandi incumbit actori” que rige en esta materia, y según el cual, la carga de la prueba incumbe al actor. Así, quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe demostrar los hechos en que se funda su pretensión, a fin de que la determinación del juez, obedezca a la certeza y convicción de que se ha violado o amenazado el derecho.”

Por lo tanto, ante la trascendente carencia que se presenta en el caso *sub judice* por no haberse adjuntado con el libelo tutelar elemento alguna que ilustrara la cierta existencia de la reprochada conducta de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA, sin que le sea adjudicable a esta última

⁶ Sentencia T-571 de 2015.

entidad la omisión en incluirla en la lista de elegibles adoptada al interior de la implementación del “reten social”, por lo que esta juez constitucional se halla en imposibilidad de asumir una determinación que obedezca a la certeza y a la convicción de la conculcación o el riesgo que se cierne sobre un derecho fundamental.

Por tal motivo este despacho considera que en realidad no existe vulneración del derecho fundamental de petición, pues como se dijo con anterioridad el derecho de petición no se radicó a través de la plataforma dispuesta para tal fin, en este mismo sentido lo han expresado sentencias como la SU-975 de 2003 o la T-883 de 2008, al afirmar que “partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5º y 6º del [Decreto 2591 de 1991], se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales.

En suma, para que la acción de tutela sea procedente requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales **existan** ya que sin la existencia de un acto concreto de vulneración a un derecho fundamental no hay conducta específica activa u omisiva de la cual proteger a la interesada.

Lo anterior resulta así, ya que si se permite que las personas acudan al mecanismo de amparo constitucional sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas, y que por tanto no se hayan concretado en el mundo material y jurídico, ello resultaría violatorio del debido proceso de los sujetos pasivos de la acción, atentaría contra el principio de la seguridad jurídica y, en ciertos eventos, podría constituir un indebido ejercicio de la tutela, ya que se permitiría que el peticionario pretermittiera los trámites y procedimientos que señala el ordenamiento jurídico como los adecuados para la obtención de determinados objetivos específicos, para acudir directamente al mecanismo de amparo constitucional en procura de sus derechos.

Por ello, al encontrarse prevista la acción de tutela con la finalidad de proteger los derechos fundamentales que se muestren como amenazados o vulnerados por acción u omisión, al denotarse la inexistencia de tal amenaza o vulneración como presupuesto necesario, se muestra como consecuencia necesaria la declaratoria de improcedencia de la acción constitucional.

Colofón de lo anterior, no se concederá la protección de las garantías invocadas, por inexistencia de vulneración de derechos fundamentales.

Por lo expuesto, el **JUZGADO NOVENO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE CÚCUTA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NO CONCEDER la presente acción de tutela, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes a través del medio más expedito y eficaz, de conformidad con el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el artículo 5 del Decreto 306 de 1992.

TERCERO: ORDENAR a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO** y, a la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA** que, para efectos de la notificación de los terceros vinculados al contradictorio, se disponga, en el término de la distancia, la publicación de este proveído en su página web, en la sección pertinente, de lo cual deberá allegar evidencia de su cumplimiento dentro del día siguiente.

CUARTO: SI no fuere impugnado el presente fallo, envíese el expediente electrónico a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión, según lo dispone el artículo 33 del Decreto 2591.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,
(Firma electrónica)
JORDAN AQUILES VARGAS BUITRAGO
JUEZ

Firmado Por:

Jordan Aquiles Vargas Buitrago
Juez
Juzgado De Circuito
Penal 009 Función De Conocimiento
Cucuta - N. De Santander

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3044dc80aaae90a5616be1cf7e3489cf936aaa41a9b23860c7957a60901456b4**

Documento generado en 08/04/2024 02:23:32 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://capacitacion.ramajudicial.gov.co:9443/FirmaElectronica>